

# 有責配偶者の離婚請求

藤 本 公 明

## 目次

- 一 はじめに
- 二 憲法第二四条における婚姻観・離婚観
- 三 判例
- 四 学説
- 五 結び

## 一 はじめに

婚姻を破綻させたいいわゆる有責配偶者からの離婚請求を認めるべきか否かの問題は、戦後の家族法における最重要課題の一つであった。

判例は、昭和二十七年二月一九日の最高裁判決で有責配偶者の請求離婚を棄却したが、昭和六二年九月二日の最高裁判決は、三五年ぶりに判例を変更し、有責配偶者からの離婚請求を一定の要件の下に認容した。

有責配偶者の離婚請求（藤 本）

学説は、昭和二七年二月一九日の最高裁判決以来、婚姻関係が完全に客観的に破綻している場合に、有責配偶者の離婚請求を否定する消極的破綻主義と、有責配偶者からの離婚請求を認めても差支えないとする積極的破綻主義とが対立してきた。

そこで、本稿は、従来の判例、学説を検討して、消極的破綻主義、積極的破綻主義のどちらに組すべきかを論じようと思うものである。

## 二 憲法第二四条における婚姻観・離婚観

戦前の民法においては、「家」の存続が第一の目的であった。この「家」については、昭和一八年に文部省社会教育局が出版した「戦時家庭教育指導要項」の巻頭に以下のように定義されている。

一、我が国ニ於ケル家ノ特質ノ闡明並ニ其ノ使命ノ自覚

我が国ニ於ケル家ハ

イ 祖先一体ノ道ニ則ル家長中心ノ結合ニシテ人間生活ノ最モ自然ナル親子ノ関係ヲ根本トスル家族ノ生活トシテ情愛敬慕ノ間ニ人倫本然ノ秩序ヲ長養シツツ永遠ノ生命ヲ具現シ行ク生活ノ場ナルコト

ロ 畏クモ皇室ヲ宗家ト仰ギ奉リ恒ニ国ノ家トシテ生成発展シ行ク歴史的具現ニシテ忠孝一本ノ大道ニ基ヅク子女練成ノ道場ナルコト

ハ 親子・夫婦・兄弟・姉妹和合団欒シ序ニ従ツテ各自ノ分ヲ尽クシ老ヲ扶ケ幼ヲ養フ親和ノ生活ノ裡ニ自他一如、

物心一如ノ修練ヲ積ミ進ンデ世界新秩序ノ建設ニ参スルノ素地ヲ培フモノナルコト等ヲ其ノ特質トスルコトヲ闡明シ我が国ニ於ケル家ノ国家的並ニ世界的意義ニ徹セシメ之ガ使命ノ完遂ニ遺憾ナカラシメンコトヲ要ス

この定義によれば、家とは祖先一体の道に則る家長を中心とする結合ということになり祖先を祀る行事が家の最重要な任務となる。

婚姻についても、「我邦ノ風習ハ父母又ハ祖父母カ主婚者ナリ。結納ノ交換、婚姻披露ノ案内、婚姻ノ挙式皆父母又ハ祖父母ノ名義ヲ以テ為シ居レリ。故ニ年齢ニ限りナク総テ父母又ハ祖父母ノ同意ヲ要スルト云フコトカ我国風ニ於テ必要ナリ」と元文相江木千之氏が臨時法制審議会で発言している。

従つて、婚姻においては当事者の愛情については殆ど考慮されることはなかった。また、親の許しのない男女の愛情による婚姻は、不孝・不道徳な行為として非難された。婚姻は家の存続を第一の目的とするものであり、それは子孫をもうけることであった。婚姻は家のためであるから、妻は夫と婚姻するのではなく、夫の家に嫁入りすることであった。戦前の民法第七八八条は、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」と規定していた。

夫婦の和合の道については、「合して夫婦という人間生活を実現するにも夫は本婦は末であるを正常とし、互に敬愛しながらも婦は夫を上を頂き夫は婦を率へるは順当なる情である」と文部省出版の家庭教育指導叢書に書かれている。夫婦の間に上下の關係を置く家族制度においては、家の中に権利の觀念を持ち込むことを極度に嫌っていた。

戦後に制定された日本国憲法第二四条は、以上のような家族制度を否定し、婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを明確にした。これを受けて民法第一条ノ二は、「本法ハ個人ノ尊嚴ト両性ノ

本質的平等トヲ旨トシテ解釈スヘシ」と定めたのである。これによって、結婚の自由・夫婦の平等と同権・一夫一婦主義が明確となったのである。

この憲法第二四条の規定は、従来の結婚観を変え、「結婚というのは、なるほど子供を作ることとも目的であろう、労働力のやりとりということも実質的に非常に意義がある。しかし同時に結婚をする当人の幸福のためにも行われるのだ<sup>①</sup>」という新しい結婚観を産み出した。そして、更に、「結婚というものを労働力のやりとりであるとか、子供を産む手段であるとか、あるいは面子のために離婚をしないと、別れたら食えないとかそういう結婚以外の要素に基いて結婚生活を続けているというのは、これは結婚の冒瀆である。結婚というのは、もっと精神的に高いものなのだ、愛情に基いてほんとうに助け合って暮していく、そういう精神的な内容こそが結婚の重要な要素なのであって、ほかの目的、主として経済的なこととか、あるいは面子といったようなそういうことのために結婚の精神的意義を犠牲にしたり、あるいは立身出世の道具にしたりするのは、結婚の冒瀆である<sup>②</sup>」と主張されるようにすなわった。離婚についても憲法第二四条二項は、個人の尊厳と両性の本質的平等に基づいて法律を制定するように定めている<sup>③</sup>。

### 三 判 例

有責配偶者からの離婚請求について最高裁は、昭和二七年二月一九日の判決で棄却した<sup>③</sup>。

事案は、次のとおりである。上告人Xと被告上告人Yは、昭和一年八月一日に結婚式を挙げ、昭和二年八月から

同居を始めた。昭和十三年六月Xは出征し、昭和一六年一月復員した。昭和一八年三月一日にX・Yは婚姻届出をした。昭和二十一年七月Xは訴外A女と関係し、昭和二十二年五月一日にはX・Aは同棲を始め同年六月二八日にAはXの子を出産した。なお、X・Y間には子供はいない。

判旨は次のとおりである。

論旨では本件は新民法七七〇条一項五号にいう婚姻関係を継続し難い重大な事由ある場合に該当するというけれども、原審の認定した事実によれば、婚姻関係を継続し難いのは上告人が妻たる被上告人を差し置いて他に情婦を有するからである。上告人さえ情婦との関係を解消し、よき夫として被上告人のもとに帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である。即ち上告人の意思如何にかかることであって、かくの如きは未だ以て前記法条にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するものということは出来ない。(論旨では被上告人の行き過ぎ行為を云為するけれども、原審の認庭によれば、被上告人の行き過ぎは全く嫉妬の爲めであるから、嫉妬の原因さえ消滅すればそれも直ちに無くなるものと見ることが出来る)上告人は上告人の感情は既に上告人の意思を以てしても、如何ともすることが出来ないものであるというかも知れないけれども、それも所詮は上告人の我儘である。結局上告人が勝手に情婦を持ち、その為最早被上告人とは同棲出来ないから、これを追い出すということに帰着するのであって、もしかかる請求が是認されるならば、被上告人は全く俗にいう踏んだり、蹴たりである。法はかくの如き不徳義勝手気儘を許すものではない。道徳を守り不徳義を許さないことが法の最重要な職分である。総て法はこの趣旨において解釈されなければならない。論旨では上告人の情婦の地位を云為するけれども、同人の不幸は自ら招けるものといわなければならない。妻ある男と通じてその妻を追い出し、自ら取って代らんとするが如きは始めから間違つて居る。

或は男に欺された同情すべきものであるかも知れないけれども少なくとも過失は免れない。その為め正当の妻たる被告人を犠牲にすることは許されない。戦後に多く見られる男女関係の余りの無軌道は患うべきものがある。本訴の如き請求が猥りに許されるならば、実益どころか実害あるものといわなければならない。所論上告人と情婦との間に生れた子は全く気の毒である。しかし、その不幸は両親の責任である。両親において十分その責を感じて出来るだけその償を為し、不幸を軽減するに努力しなければならない。子供は気の毒であるけれども、その為め被告人の犠牲において本訴請求を是認することは出来ない。前記民法の規定は相手方に有責行為のあることを要件とするものではないことは認めるけれども、さりとて前記のような不徳義、得手勝手の請求を許すものではない。

この判決以後、有責配偶者からの離婚請求は、いづれも拒否された。最高裁昭和二十九年一月五日の判決は、「民法七七〇条一項五号にかかげる事由が、配偶者の一方のみの行為によって惹起されたものと認めるのが相当である場合には、その者は相手方配偶者の意思に反して同号により離婚を求めることはできない。」と判示し、最高裁昭和二十九年一月四日の判決は、「民法第七七〇条一項五号は相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながらそれのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘らず右法条により離婚を強制するが如きことは吾人の道徳観念の到底許さない処であつて、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない」と判示し、最高裁昭和三八年六月七日の判決は、「破綻につきもつぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえないものと解するを相当とする」と判示した。

以上のように、最高裁判所は、婚姻関係を一方的に破綻させた有責配偶者からの離婚請求を一貫して棄却してきた

けれども、破綻原因が夫婦双方にあった場合には、離婚請求を認め（最高判昭和三〇年十一月二十四日民集九卷一二号一八三七頁、最高判昭和三十一年二月一日民集一〇卷一二号一五三七頁）、また、婚姻関係が完全に破綻した後に夫が妻以外の女性と同棲し、夫から離婚請求が起こされた事案についても、「その同棲は、被上告人と右上告人との間の婚姻関係を破綻させる原因となったものではないから、これをもって本訴離婚請求を排斥すべき理由とすることはできない」と判示し、離婚を認めた（最高判四六年五月二一日民集二五卷三号四〇八頁）。

昭和六二年九月二日の最高裁大法廷判決は、三五年ぶりに従来判例を変更して、有責配偶者からの離婚請求を一定の要件の下に認容した。

事案は次のとおりである。(一)上告人Xと被上告人Yとは、昭和一二年二月一日婚姻届出をして夫婦となったが、子が生まれなかったため、同二三年一月八日訴外Aの長女B及び二女Cと養子縁組をした。(二)XとYとは、当初は平穏な婚姻関係を続けていたが、Yが昭和二四年ころXとAとの間に継続していた不貞な関係を知ったのを契機として不和となり、同年八月ころXがAと同棲するようになり、以来今日まで別居の状態にある。なお、Xは、同二九年九月七日、Aとの間にもうけたD（同年二五年一月七日生）及びE（同二七年一月三日生）の認知をした。(三)Yは、Xとの別居後生活に窮したため、昭和二五年二月、かねてXから生活費を保障する趣旨で処分権が与えられていたX名義の建物を二四万円で他に売却し、その代金を生活費に当てたことがあるが、そのほかにはXから生活費等の交付を一切受けていない。(四)Yは、右建物の売却後は実兄の家の一部屋を借りて住み、人形製作等の技術を身につけ、昭和三五年ころまで人形店に勤務するなどして生活を立てていたが、現在は無職で資産をもたない。(五)Xは、精密測定機器の製造等を目的とする二つの会社の代表取締役、不動産の賃貸等を目的とする会社の取締役をしており、経済的

には極めて安定した生活を送っている。(六) Xは、昭和二六六ころ東京地方裁判所に対しYとの離婚を求める訴えを提起したが、同裁判所は、同二九年二月一六日XとYとの婚姻関係が破綻するに至ったのはXがAと不貞な関係に於つたこと及びYを悪意で遺棄してAと同棲生活を継続していることに原因があるから、右離婚請求は有責配偶者からの請求に該当するとして、これを棄却する旨の判決をし、この判決は同年三月確定した。(七) Xは、昭和五八年一二月ころYを突然訪ね、離婚並びにB及びCとの離縁に同意するよう求めたが、Yに拒絶されたので、同五九年東京家庭裁判所に対しYとの離婚を求める旨の調停の申立をし、これが成立しなかつたので、本件訴えを提起した。なお、Xは、右調停において、Yに対し、財産上の給付として現金一〇〇万円と油絵一枚を提供することを提案したが、Yはこれを受けいれなかつた。なお、Xは七五歳、Yは七二歳になっていた。

判旨は次のとおりである。

一 一民法七七〇条は、裁判上の離婚原因を制限的に列挙していた旧民法（昭和二三年法律第二二二号による改正前の明治三一年法律第九号。以下同じ。）八一三条を全面的に改め、一項一号ないし四号において主な離婚原因を具体的に示すとともに、五号において「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」との抽象的な事由を掲げたことにより、同項の規定全体としては、離婚原因を相対化したものといふことができる。また、右七七〇条は、法定の離婚原因がある場合でも離婚の訴えを提起することができない事由を定めていた旧民法八一四条ないし八一七条の規定の趣旨の一部を取り入れて、二項において、一項一号ないし四号に基づく離婚請求については右各号所定の事由が認められる場合であっても二項の要件が充足されるときは右請求を棄却することができるとしているにもかかわらず、一項五号に基づく請求についてはかかる制限は及ばないものとしており、二項のほかには、離婚原因に該当する事由



があつても離婚請求を排斥することができる場合を具体的に定める規定はない。以上のような民法七七〇条の立法経緯及び規定の文前からみる限り、同条一項五号は、夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなつた場合には、夫婦の一方は他方に対し訴えにより離婚を請求することができる旨を定めたものと解されるのであつて、同号所定の事由（以下「五号所定の事由」という。）につき責任のある一方の当事者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨までを読みとることはできない。

他方、我が国においては、離婚につき夫婦の意思を尊重する立場から、協議離婚（民法七六三条）、調停離婚（家事審判法一七条）及び審判離婚（同法二四条一項）の制度を設けるとともに、相手方配偶者が離婚に同意しない場合について裁判上の離婚の制度を設け、前示のように離婚原因を法定し、これが存在すると認められる場合には夫婦の一方は他方に対して裁判により離婚を求めうることにしている。このような裁判離婚制度の下において五号所定の事由があるときは当該離婚請求が常に許容されるべきものとすれば、自らその原因となるべき事実を作出した者がそれを自己に有利に利用することを裁判所に承認させ、相手方配偶者についての意思を全く封ずることとなり、ついでには裁判離婚制度を否定するような結果をも招来しかねないのであつて、右のような結果をもたらす離婚請求が許容されるべきでないことはいうまでもない。

2 思うに、婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至つた場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失つているものといふべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることはかえつて不自然

であるということができよう。しかしながら、離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の觀念、社会的倫理觀に反するものであってはならないことは当然であつて、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない。

3そこで、五号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下「有責配偶者」という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかを判断するにあつては、有責配偶者の責任の態様程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情・離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・經濟的狀態及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の狀況、別居後に形成された生活關係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁關係を形成している場合にはその相手方や子らの狀況等が斟酌されなければならない、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合つて変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないしは社会的評価も變化することを免れないから時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである。

そうであつてみれば、有責配偶者からされた離婚請求であつても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・經濟的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもつて許されないとすることはできないものと解するのが相当である。けだし、右のような場合には、もはや五号所定の事由に係る責任、相手方配

偶者の離婚による精神的社会的状態等は殊更に重視されるべきものではなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰藉料により解決すべきものであるからである。

この判決は、以下の三点を明確にした。

①民法七七〇条一項五号は、有責配偶者を排除してはいないこと。

②離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならず、信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであること。

③有責配偶者からの離婚請求が、信義誠実の原則に照らして許されるための判断基準

この大法廷判決後に有責配偶者からの離婚請求を認容した事例が二つある。

一は、最高裁昭和六二年一月二四日第三小法廷判決である。<sup>⑧</sup>

事案は次のとおりである。(一)上告人Xと被告上告人Yとは、昭和二七年六月六日婚姻届出をした夫婦であり、その間に、昭和二八年七月二日出生の長女Aがあり、そのほかに子はいない。(二)XとYとは婚姻届出当時は共に小学校教員をしていたが、性格等の違いから家庭内は明るい雰囲気とはいえない状態であったところ、Yは、飲食店の女店主と親密な関係になったとの噂が広まったため、右女店主の夫から脅迫され、また、かねて教職には適していないと考えていたことから、昭和三一年四月九日ころ、右脅迫から免れるためと、更にこの際適職を見つけて生涯の仕事に就くために、Xや学校関係者に行先を知らせず単身上京した。(三)Yは、昭和三二年の終わりころ、妻子のいることを明かしたうえ訴外B女と付き合いを始め、二、三か月のうちに同棲を始めた。(四)Xは、昭和三三年春ころ、上京してYのもと

を訪ね、初めてYとBの同棲の事実を知って驚き、Yに元に戻ってほしいと懇願したが、Yは帰ってくれというばかりであり、その後も何回か話し合いがもたれたが、まとまらなかつた。(4)昭和四八年ころ、Xは、既に東京で働いていAの勧めにより、四九歳で小学校教員を退職して上京し、Aと同居することになったが、その際、Yは荷物の運搬を手伝ったり、Aが現在住んでいる住居を一六〇〇万円で購入するに当たり、三〇〇万円を負担したほか、昭和五九一年一月以降は、事実上Aの借り入れた住宅ローンの支払いをしている。(5)Xは、昭和五六年春以来現住所で一人で生活し、年金収入により普通の生活をしているが、昭和三一年ころ転落事故に遭って以来、病気がちで、現在では脳水腫に罹患していて、頭痛に悩まされることがあり、また、Yの再三の離婚申入れに対し、結婚した以上どんなことがあろうと戸籍上の夫婦の記載を守り抜きたいという気持からこれを拒否しつづけている。(6)他方、Bは、YやXに対し離婚を要求したりすることなく、XやAに対する配慮から妊娠を避け、長年にわたってXに尽くしてきて既に老境を迎えており、Yは、こうしたBの誠意、愛情に応える気持から、Xに対し夫婦関係調整の調停の申立をしたが、Xが四度の調停期日に一度も出頭せず不調となったため、本件訴訟が提起された。

判旨は次のとおりである。

右事実関係のもとにおいては、上告人と被上告人との婚姻については、夫婦としての共同生活の実体を欠き、その回復の見込みが全くない状態に至ったことにより、民法七七〇条一項五号所定の婚姻生活を継続し難い重大な事由があると認められるところ、被上告人は有責配偶者というべきであるが、上告人と被上告人との別居期間は原審の口頭弁論終結時（昭和六一年一〇月一五日）まででも約三〇年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも、両者の間には未成熟の子がなく上告人が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷

な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情が存するとは認められないから、冒頭説示したところに従い、被告人の本訴請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすべきではなく、これを認容すべきものである。

二は、最高裁昭和六三年二月一二日第二小廷法判決<sup>⑨</sup>である。

事案は次のとおりである。(一)原告人Xと被告原告人Yは、昭和二三年一〇月一日婚姻の届出をし、翌二四年五月二二日に長女Aを、昭和三〇年六月四日に長男Bをもうけた。(二)婚姻当初、Xは税務署に、Yは競馬場にそれぞれ勤務していた。XとYは、Yが他の男性との間に子をもうけていたことが婚姻直後にXの知るところとなって一時別居したことがあったものの、その期間を除き、円満で平穏な家庭生活を続けていた。(三)Xは、昭和三〇年暮れころから、キャバレーなどで遊興するうちにキャバレーのホステスC女と親密な仲となり、しばしば外泊し家庭を顧みないようになり、そのためにYとの間で喧嘩口論が絶えることがなかった。YはXとC女との関係を苦にし、当時医者から子宮ガンと診断されたこともあって、昭和三四年九月六日睡眠薬を多量に飲んで自殺を図ったが、遂げなかった。(四)Xは、業者からの接待による収賄容疑で調査を受け、その結果昭和三四年一二月二三日付けで税務署を依願退職したが、その後は、真面目に働きよく家族の面倒を見るようになり、Yとの仲も円満となり幸福な家庭生活を営んだ。(五)Xらは、昭和三五年一二月末ころY名義で土地建物を取得し、翌三六年一月同所に引っ越し、そのころから、Xの給料を家計に充て、Yの給料は右土地建物の購入資金の返済等に充てることにした。(六)Xは、昭和三八年四月五日自宅に税理士事務所を開業し、同年一〇月末ころ訴外D女を同事務所の事務員に採用した。Xは、やがて同女と親しくなり、昭和三九年九月初めころ、Yに無断で税理士事務所を移転し、その後、夜遅く同女と遊びに出かけるなどし、婦

宅が次第に遅くなるようになった。これを知ったYは、心労の余り同年一〇月六日睡眠薬による自殺を図り、同月一六日Xらによって精神病院に入院させられ、家庭内不和による「性格異常兼心因反応」と診断された。(七)Xは、その翌日離婚を決意したとして二児を連れて転居し、同年一月九日福岡家庭裁判所小倉支部に離婚調停の申立をした。しかし、Yが同月一四日退院すると、Xは、再び自宅に戻り、同年一月一五日右申立を取り下げた。(八)D女は、昭和三九年一月二〇日X税理事務所を退職し、Xは、翌四〇年一月四日同事務所を自宅に戻した。しかし、Xは、同月七日D女に対し復職するよう懇請し、その結果、同女が同月末ころ復職するや、再び同女と親密な関係を継続するようになった。(九)Xは、昭和四〇年四月一〇日居所及び税理事務所を移転してYと別居し、それ以後Yや子供らの再三の懇願にもかかわらず家族のもとに戻らなかった。(十)Xは、昭和四〇年四月二八日再び離婚調停の申立をし、同年九月二日Yとの間で、当分の間別居し、Xが二児の扶養料をYに支払う旨の調停が成立したが、同年一月三〇日福岡地方裁判所小倉支部に離婚訴訟を提起した。その間、Xは、D女との関係をますます深め、翌四一年六月同女と結婚式をあげ、同年八月三一日から同女と同居生活を始めるに至り、税理士事務所も右居所に移転した。Xは、昭和四八年二月一日には同女との間に男児をもうけ、同月八日認知した。なお、Xは、昭和四五年二月一七日第三者の勧め等により前記離婚訴訟を取り下げた。(十一)XとYとの間で、昭和五一年六月一日再度の離婚調停が行われたが、不成立に終わり、Xは、同年七月二八日本件離婚訴訟を提起した。

判旨は次のとおりである。

しかしながら、原審の右判断は是認することができない。民法七七〇条一項五号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下「有責配偶者」という。）からされた場合であっても、夫婦の別居が

両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできないというのが当裁判所の判例である（最高裁判昭和六一年(判)第二六〇五号同六二年九月二日大法院判決・民集四一卷六号登載予定）。前記事実関係の下においては、上告人と被上告人との婚姻については同号所定の事由があり、上告人は有責配偶者というべきであるが、上告人と被上告人との別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約二二年及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも、両者の間には未成熟の子がいないのであるから、本訴請求は、右のような特段の事情がない限り、これを認容すべきものである。

これら二つの事例の共通点は、夫婦の間に未成熟の子がいらないこと、別居期間が二年以上の長期に及んでいること、妻に対して土地建物を与えていることである。

大法院判決以後有責配偶者からの離婚請求を棄却した事例も二つあるのでこれも取り上げてみよう。

一は、東京高裁昭和六二年九月二四日の判決である。

事案は次のとおりである。(一)控訴人Xと被控訴人Yとは昭和二七年一〇月二〇日婚姻の届出をした夫婦であり、両名間には成人した三人の子供がある。(二)Xの女性問題のためにYと不和になり昭和五五年四月から別居している。(三)Xは昭和五四年に会社を退職し、次男と共に喫茶店を経営し、その収入、貸事務所からの賃料収入・厚生年金及び企業年金により生活している。

判旨は次のとおりである。

控訴人からの民法七七〇条一項五号に基づく本件離婚請求を被控訴人の意に反して認容することが相当であるか否かについて検討するに、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が相当の長期間に及び、その間に未成年の子もないような場合には、相手方が離婚により精神的、社会的、経済的に極めてきびしい状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、右請求が有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできないものと解されるが、本件においては、前示のとおり、控訴人と被控訴人との間の子三名は既に成年に達して就職し、経済的にも独立しているといえるが、双方の別居生活は、その合意によるものではない上に、昭和五年四月からであって、必ずしも相当の長期間にわたっているものということはできず、また、前示の如き被控訴人の資産、収入の状況を考えると、今後における被控訴人の経済的基盤も到底安定しているものとはみられないので（《証拠略》によれば、現に前記丁原の家の一部賃貸借をめぐり控訴人が賃借人である第三者に明渡を求めなどの問題が発生していることが認められるし、《証拠略》によっても、離婚が成立した場合は、控訴人は被控訴人に対し、全財産の半分程度は分与してもよいとか、右丁原の敷地の二分の一を分与し、その余は自らの生活設計のために処分するほか被控訴人に対してはさらに日々の生活費を送って老後の生活が成り立つように配慮するというのみであって、その方策については具体性を欠くばかりか被控訴人が現に居住している右丁原の家屋全部を被控訴人のために確保ないし分与する意思もなく、被控訴人の今後の居住場所につき殆ど配慮していないことが窺われる）、控訴人の本件離婚請求はすでにこの点においてその正当性を欠くものというべきであるが、さらに加えて右控訴人本人のいうところによれば、控訴人が被控訴人本人の述べるように他の女性と自



由に交際しあるいは生活を共にせんがために被控訴人との離婚を図ろうとしているものとまでは確認し難いものの、離婚によって相互にすっきりした気持ちになって財産関係も整理した上、老後をたのしむことに本件離婚を求める主眼があるというのであるから、その申し条にはいささか身勝手な面があるものと認められ、控訴人の本件離婚請求は正義、公平の観念、社会的倫理観に照らししても信義誠実の原則に反するものとしてこれを容認することができないものといふほかない。

この事例では、夫婦の間に未成熟の子はないのであるが、別居期間は七年間と短かく、離婚後の妻の生活が不安定であり、妻に土地建物を与えておらず、しかも、有責配偶者である夫の離婚請求の理由が、身軽になって老後を楽しむという身勝手さにあるので、信義誠実の原則に反しているとして離婚請求は棄却された。

二は、東京高裁昭和六二年一〇月八日の判決である。

事案は次のとおりである。(一)控訴人Xと被控訴人Yとは、昭和四五年一月頃知人の紹介で知り合つて交際を深め控訴人Xは被控訴人Yとの結婚を期待するようになった。(二)当時X・Yとも仕事を持っており、生活を共にすることはなかった。また、Yは実母Aの一人息子で生後間もなく女手一つで養育され、母と同居し、母はYに対し心秘かに同人の結婚相手にと思っていた女性もあつたことから、YはXとの交際は実母に秘匿していた。(三)昭和四五年九月ころ、Yの母が右女性とYとの仲人を依頼するためYを伴つてYの上司宅を訪れたところ、XとYの右のような関係を知っている上司は、Xを自宅に呼び寄せ、同所でXをYの母に紹介した。その際Yの母はXに対し良い印象を抱かず、YとXとの結婚には反対の意向を示し、その後の上司の尽力にもかかわらず二人の結婚を認めようとはしなかつた。しかし、X・Yの関係は、YがX宅に時々寝泊りするなど準婚姻関係ともいふべき状態のまま推移した。(四)Xは、

昭和四六年五月にそれまで勤めていた会社を辞めていたが、Yの母に対する説得が進まず結婚にまで至らないので、昭和四八年七月有限会社を設立し、金融業を始めるに至った。(五)Xは、昭和四九年一月ハイツPに居を移し、そこにYが時々通うといった生活であった。昭和五〇年一月二五日、X・Y間に長女Aが生れ、これを機にYとXは翌五一年一月六日長女Aの出生届をするとともに婚姻届を了した。なお、右長女の出生も婚姻届出もYは実母に話しておらず、Yが同人に話したのは長女が三歳ころになる少し前であった。(六)XとYは右のような経過で婚姻したものの、その後も従前と同様に共に生活することはなく、Yは依然としてXのもとに通い、Xや子供に合うといった生活を繰り返し、Xに対して定期的に生活費や養育費を入れることもなかった。そのころ、Xの金融業も順調にいつており、Xは、昭和五一年八月ころからXの妹夫婦を近所に住まわせて、子の世話等を頼むようになった。Yは、あらかじめ、XがYに相談もなく妹に子の世話を任せたことを必ずしも快く思っていなかった。そして、Xの経済力や行動力に劣等意識さえ抱くようになった。(七)Xは、Yの優柔不断な態度に不満があったが、その後Yとの変則的な婚姻生活もやむをえない現実と受け止め、事業に打込み、更に、昭和五二年三月には一戸建の家に居を移し、昭和五四年六月にはマンションの一階三階に二部屋を購入し、三階に妹夫婦と隣り合った部屋に居住し、一階部分に美術品の販売を目的とする株式会社を設立し、羽振りよく振舞ったが一時経営が悪化したため子供を妹夫婦に預けて自らは近くにあるマンションに移った。この間、Yは相変わらずXのもとに時々行つては、Xや子供と会っていたりしたが、XはYに対する前記のような不満もあって、事業内容や子の養育について妹夫婦には何かと協力を求めながらYに対して相談することもなく、また、Xに対して少しずつ心を開いてきたYの母に対する思いやりにも欠け、そのため次第にXやXの妹夫婦らの中にあつて自分だけが疎外されているような感じを持つようになった。(八)そこで、YはXとの

生活を立て直すべく、昭和五八年一二月ころ、Xに対してYの住所で同居をしたい旨提案したがXとの話し合いはうまくいかず、翌五九年二月ころからもYとXとの間で同居生活できるかいなかについて話し合いが持たれたが、YがXの事情を考慮せず性急に同居を要求したことからXはこれに難色を示し、離婚さえ主張するようになった。(八)昭和五九年三月、再度YとXとの間で話し合いがなされた。(九)昭和五八年から貸金業に対する規制の強化により、小企業であるXの営業は不振となり、昭和六一年九月にはXは実質的に経営していた株式会社を他に譲渡して営業をやめ、経常的な収入の道を失ったが、長女Aは自分で養育している。Aについては、XY双方共愛情を抱きAも双方を慕っており、現在のところ健全な成長を見ている。(十)Yは、現在では強く離婚を求め、他方、Xは離婚したくない旨主張している。

判旨は次のとおりである。

右認定事実によれば控訴人と被控訴人との婚姻生活は、その当初から不自然なものであり、現在においては相互の不信感とくに被控訴人の控訴人に対する極度の悪感情から破綻状態にあることは一応否定できない。しかし、その破綻をもたらした原因について考えてみると、主として被控訴人の浅薄な思慮と優柔不断で身勝手な生活態度に起因するものといわざるをえない。すなわち、被控訴人は、生後間もなく母の手一つで育てられたものであり、母の被控訴人の結婚に対する期待と願望の大きさは容易に推測することができたと考えられるのに、母に秘匿したまま性急に母が好意を抱いていない控訴人との交際を深め、しかも婚姻の届出をしたのは十分に分別を備える年齢に達してからであり、控訴人がたまたま経済的能力に富んでいたことから、その事業が成功し、控訴人及びA子の扶養の必要がなかったことを奇貨とし、定期の扶養料、生活費を全く負担せず、かえって経済的な劣等感を増幅させていったものであ

る。他方、控訴人においても、自己の経済的成功に酔い、被控訴人に対する応接態度にもおごりが見受けられないではないが、ほとんど被控訴人の力を借りず、女手一つで生活を支え、Aの養育に当たってきたことに鑑みると強くこれを咎め立てることは酷であろう。してみれば、今日の両者の婚姻の破綻の原因の多くは被控訴人の側にあり、破綻を理由とする被控訴人の本件離婚請求を認めることはできない。しかも控訴人は現在事業不振となって廃業し、経常的収入の道を失っており、経済的生活に不安があること、Aは控訴人被控訴人双方に対して等しく慕っているうえ、家族関係が強く影響する年代に差し掛っていることに鑑みると、両者の婚姻関係を解消することは妥当なものとはいえない。

この事例では、夫婦の間に一歳の未成熟の子がいること、夫婦が最初から別居生活をしており極めて変則的であること、夫が妻に生活費も支給していないなど夫としての務めを全く果たしておらず、あまりにも身勝手な離婚請求なので、控訴裁判所は離婚を認めなかった。

#### 四 学 説

昭和二七年～二九年の最高裁判決が、有責配偶者からの離婚請求を不徳義、得手勝手として棄却した当時は、判例の立場を支持する学説が多数であった。例えば、昭和二九年一月五日最高裁第二小法廷判決に対する赤崎ハツヨ教授の批評は、<sup>⑫</sup>「本件のごとき事例を『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』に該当するものとして離婚を許すならば、離婚拒否にも増して多くの弊害が生ずることになる即ち、婚姻維持についての熱意を削ぎ一方的な恣意による

婚姻の破綻が増大することになって無責配偶者の蒙る損害、牽いて現時の趨勢よりして女性一般に与える不利益は大きなものがあると思われる。また、本件のような場合においては、XYがたとえ空虚な婚姻の鎖でつながれているように見えようとしても純粋な破綻主義を貫くとすれば現行法のもとにおいては配偶者の離婚後の扶養などにつき無責配偶者の保護が充分でない（中略）からXの離婚請求を否認することによってYに対する扶養義務が存続せしめられる点にも本判旨の利点が存すると考えられよう」と述べている。

中川善之助教授は、「破綻主義の理論を徹底させるならば、（中略）破綻の責は誰に帰せられるかは問題ではなく、（中略）あらゆる破綻に離婚が与えられるべきであり、離婚によって一方配偶者が困難するという問題は、別に財産分与なり慰藉料なりで救済すべきだということにならなければならない。しかしこの救済方法が十分有効でない場合が実際には少なくない。かかる場合わずかの財産分与もしくは慰藉料で離婚させてしまうより、夫婦関係の实体は回復することがなくても、なお夫婦として扶養を続行させる方が救済の目的を達することもある。万一の場合には相続権もあることであるから、もし相手配偶者が離婚を欲しないなら、有責配偶者の離婚請求を認容すべきでないということになる。客観的理論的な破綻主義離婚法に加えられた、一つには道義的な、二つには実際上の打算的な制約として、少なくとも当分は承任せざるをえない妥協であろう」と述べている。<sup>13)</sup>

また、我妻栄教授は、「わが国の学説は、判例を支持するものが多いが、有力な反対説も少なくない。反対説は主張する。破綻主義を徹底するときは、この場合にも離婚を認めない理由はない。復元の見込のない当事者にお法律的に夫婦としての拘束を加えることは、内縁関係を増し、子の福祉に反するにすぎない。有責者の責任は、損害賠償や扶助の手段によって問うべきである、と。そのいうところは、正に筋が通っている。しかし、財産分与―夫婦共通

財産の清算・損害賠償及び扶養―をいかに理想に近く実現しても、―一定額の短期間における分割払が最も実現しやすい実情であることに想いいたると―夫婦関係を継続して共通財産の利用と扶助料の請求を認めることには、遙かに及ばない事実を否定しえない。また、みずから婚姻を破綻させ、それを理由に離婚を請求しうるとなすことは、夫からの追出し離婚を認める結果となり易いことは明らかである。そして、かような現実に支えられながら、国民の倫理観念がこれに反撥することも無視することはできない。一般破綻主義は、現実を無視し、倫理観念に抗してまでも強制されるべきものではあるまい。多数説とともに判例を支持する<sup>14</sup>と述べている。

一方、有責配偶者からの離婚請求であっても、婚姻が破綻している場合には、認めるべきであるとするいわゆる積極的破綻主義も有力であった。

例えば、中川淳教授は、次のような理由から積極的破綻主義を主張された<sup>15</sup>。第一に、自由なる婚姻意思を喪失してしまった当事者に対して強制的に婚姻生活の継続を要求することは、かえって、道徳的根拠を失っており、法の目的から遠い。第二に、離婚の根拠が、近代法においては、破綻主義の思想によって支えられているということを歴史的に知ることができる。したがって、有責配偶者の離婚請求の拒否は、離婚法の進化に逆行する。第三に、一方において、当事者の自由なる意思による離婚をみとめておきながら、他方裁判離婚において破綻主義に逆行する態度を導入し、破綻の回復が不可能な婚姻関係を強制的に継続せしめることは、わが離婚法そのものの内部において均衡を失している。第四に、一般的にいつて、婚姻関係の客観的な破綻があると認定されれば、その事實は、身分法における事実先行の性格からとうぜん法的評価の対象となり得てしかるべく、事実を権利にまで引きあげることができるものと考えてよいのではなからうか。第五に、国家は、健全な機能をはたしている実質的な婚姻関係を保護する利益はあ

っても、形式的に維持することのできる名のみの婚姻関係を保護することは、まったくナンセンスなことである。第六に、積極的破綻主義をつらぬく以上、その要請として、婚姻の破綻の認定に対する慎重性と、相手方配偶者の保護に対する慎重性が、要求されなければならない。

昭和四〇年代後半になると、積極的破綻主義を主張する学説が多数を占めるようになった。

有責配偶者からの離婚請求を認容した最高裁大法廷判決の直前には、米倉明教授が、積極的破綻主義を主張する論文<sup>⑬</sup>を著された。その要点は次のようなものである。(一)従来の積極説・消極説(積極的破綻主義を積極説、消極的破綻主義を消極説と米倉教授は呼んでおられる)は、議論の仕方に問題があり、雑炊のような筋目も何もない議論のように思われる。実質論のレベルにおいては、最優先順位を与えられるべき要素は婚姻観・離婚観であり、それも個人本位(個人の幸福本位)の、愛情本位(愛情至情主義)の婚姻観・離婚観であること。(二)従来の議論には有責配偶者の離婚請求プロパーの問題でない問題が混ざりあっており、しかもそれがきめ手になっていたかのようなこと。(三)法律論をきちんとする必要があること。クリーンハンド原則、権利濫用法理いずれにしても、従来の議論は、大ざっぱに、適用あり、いや、ないと論じていたにすぎないこと。(四)積極・消極両説ともお互いに、相手の議論に逐一対応し、相互の間で同一論点をめぐって議論を重ね、よりよい解決策へ進むという態度がとかく見失われがちであること。(五)非科学的な議論(離婚による子の成長への悪影響や国民の婚姻観・離婚観)をもち出して、しかもそれをあたかもきめ手とするかのような態度がみられること。以上の諸点を指摘され、従来の積極・消極両説を批判し、独自の積極説を主張された。有責配偶者の離婚請求を許すための要件は、婚姻を継続し難い重大な事由Ⅱ修復不能な婚姻破綻があることだけとされ、根拠条文はもとより民法七七〇条一項五号のみであること、効果としては、離婚後の妻の保護

として、財産分与、子の養育料を多額に認めることを主張された。

## 五 結 び

従来の消極的破綻主義は、有責配偶者からの離婚請求を認めない第一の理由として相手方配偶者の離婚後の生活不安を挙げている。たとえ夫婦の実体がなくとも戸籍上の夫婦でいれば扶養料を請求できるし、万一の場合には相続権もあるからというのである。

また、離婚原因を作り出した有責配偶者からの離婚請求を認めると裁判離婚制度の自滅行為となる。そこで、クリーンハンド原則や権利濫用の法理を適用して、有責配偶者からの離婚請求を阻止しようとする。

最高裁判所大法廷判決も信義誠実の原則というハードルを設け裁判離婚制度を維持しようとしている。この裁判離婚制度は、元来、生活力の弱い女性と家庭を失うに至る子供を保護するために設けられたものである。

婚姻の目的は、純粋な愛情に基づくものでなければならぬことは言うまでもないけれども、他面、社会的弱者である妻や未成熟の子にとっては、生活の場になつてゐることは否定できない。

世界の離婚制度の情勢は、婚姻破綻があれば、有責者がどちらであるかを問わずに離婚を認める積極的破綻主義に塗りつぶされつつある。<sup>①</sup>この情勢からも、わが民法の解釈として積極的破綻主義に傾かざるを得ない。

積極的破綻主義を支持する前提としては、離婚後の無責配偶者の生活が安定することが必要であり、その為の何らかの法的制度の創設が必要である。離婚に伴う財産分与だけでこの生活の安定が実現するとは思えない。有責配偶者



には、離婚を認める見返りに離婚後も無責配偶者に生活費の支給を命ずる制度の創設が必要である。このような制度が実現するまでは、最高裁大法廷判決のように、有責配偶者の離婚請求については、信義誠実の原則というハードルを設けることも已むを得ないであろう。

注

- ① 川島武宜「離婚法と離婚思想との関係」戸籍第一〇九号九頁
- ② 川島武宜「前掲」一二頁
- ③ 最高判昭和二十七年二月一九日民集六卷二号一一〇頁
- ④ 最高判昭和二十九年一月五日民集八卷一号二〇三三頁
- ⑤ 最高判昭和二十九年二月一日民集八卷一二号二一四三頁
- ⑥ 最高判昭和三十八年六月七日家裁月報一五卷八号五五頁
- ⑦ 最高判昭和六二年九月二日法学教室八八号二七頁
- ⑧ 最高判昭和六二年一月二四日判例時報一二五六号二八頁
- ⑨ 最高判昭和六二年二月二日判例時報一二六八号三三頁
- ⑩ 東京高判昭和六二年九月二四日判例時報一二六九号七九頁
- ⑪ 東京高判昭和六二年一〇月八日判例時報一二六九号八三頁
- ⑫ 赤崎ハツヨ「判例研究」民商三二卷四号七三頁
- ⑬ 中川善之助「親族法上」三〇五頁
- ⑭ 我妻栄「親族法」一七六頁
- ⑮ 中川淳「有責配偶者の離婚請求をめぐる一考察」民商三九卷四・五・六号五七七頁
- ⑯ 米倉明「積極的破綻主義でなぜいけないのか―有責配偶者の離婚請求についての一試論―」ジュリスト八九三号三八頁
- ⑰ 深谷松男「現代家族法」六八頁